



Judicialização de conflitos indígenas veiculados por meio de ações possessórias em face do cacique: possibilidade jurídica e limites da atuação judicial

Autora: Priscilla Mielke Wickert Piva

Juíza Federal Substituta

publicado em 30.10.2014

[\[enviar este artigo\]](#) [\[imprimir\]](#)

Resumo

Conflitos indígenas, intervenção do Poder Judiciário e limites impostos por usos, costumes e tradições. Divergência entre cacique e indígena que culmina em pena de expulsão da terra indígena. Viabilidade jurídica de ajuizamento de ação possessória. Instrumento (in)adequado à solução de conflitos. Natureza jurídica da posse sobre as terras indígenas: posse coletiva *versus* pretensão de posse individual veiculada em ações possessórias. Até que ponto o Poder Judiciário pode interferir na cultura indígena?

Palavras-chave: Judicialização. Conflito. Posse. Indígena. Cacique. Limites. Costumes.

Sumário: Introdução. 1 Relação do indígena com a terra: natureza jurídica e evolução da posse exercida sobre as terras indígenas. 2 Breves comentários acerca do direito de ação nos peculiares casos sob análise. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

A Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), em seu artigo 3º, inciso I, define índio ou silvícola como "todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional". O artigo 1º do mesmo diploma adota o paradigma assimilacionista/integracionista, pois externa "o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional".

Não obstante a definição legal, a doutrina especializada diferencia índios de silvícolas, no sentido de que aqueles, ao contrário destes, são indivíduos integrados à cultura nacional que mantêm traços de cultura dos seus ancestrais pré-colombianos.

Ainda, de acordo com a Resolução nº 304, de 09.10.2000, do Conselho Nacional de Saúde, índio é "quem se considera pertencente a uma comunidade indígena e é por ela reconhecido como membro".

A Constituição Federal, de seu turno, trouxe capítulo específico nominado "Dos Índios" (Capítulo VIII), o qual trouxe à baila tratamento inédito à matéria. Aliás, a Carta, como um todo, aborda o multiculturalismo e a proteção à diversidade cultural como direitos fundamentais, também dos índios, uma vez que intimamente ligados à sua própria dignidade.

Os povos indígenas somam, segundo o último censo do IBGE (2010), 896.917

(oitocentos e noventa e seis mil, novecentos e dezessete) pessoas. Destas, 324.834 (trezentos e vinte e quatro mil, oitocentos e trinta e quatro) vivem em cidades e 572.083 (quinhentos e setenta e dois mil e oitenta e três) em áreas rurais, o que corresponde aproximadamente a 0,47% da população total do país. A maior parte dessa população distribui-se por milhares de aldeias, situadas no interior de 687 (seiscentos e oitenta e sete) terras indígenas, de norte a sul do território nacional. Há mais de 180 línguas faladas pelos 220 povos indígenas catalogados (FIORILLO, 2008, p. 281).

Apenas a título de contextualização, é importante trazer à lume a realidade fática que ensejou a realização deste trabalho, encontrada na Subseção Judiciária Federal de Chapecó/SC. Trata-se de subseção composta por 38 (trinta e oito) municípios e 7 (sete) aldeias indígenas.

A grande maioria dos indígenas advém da etnia kaingang, no entanto, há, também, guaranis, de acordo com a tabela demonstrativa:

Clique aqui para acessar a tabela

Estão em pauta nos meios de comunicação, nos últimos anos, as disputas judiciais entre indígenas e agricultores em razão de demarcações de terras reconhecidas como tradicionalmente indígenas. O caso mais conhecido é o da demarcação da terra Raposa Serra do Sol, cujos meandros restaram delineados pelo Supremo Tribunal Federal (Pet 3388, Relator(a): Min. **Carlos Britto**, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJe-181, divulg. 24.09.2009, public. 25.09.2009; republicação: DJe-120, divulg. 30.06.2010, public. 01.07.2010, ement. VOL-02408-02, PP-00229, RTJ VOL-00212, PP-00049).

O presente trabalho, no entanto, busca refletir acerca das consequências jurídicas do ajuizamento de ações possessórias envolvendo problemas pontuais entre o cacique e um grupo de indígenas (geralmente o pai da família ou todo o grupo familiar), culminando, no mais das vezes, em pena de expulsão da aldeia.

Há que se referir, desde já, a novidade do tema, o que se constata da escassez de casos semelhantes e da ausência de casos idênticos em pesquisa jurisprudencial em todos os cinco Tribunais Regionais Federais existentes no país, bem como no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

De pronto, salta aos olhos a diferença existente entre a discussão ora proposta e as demandas possessórias envolvendo terras, já que estas trazem um embate entre indígenas (como coletividade) e não indígenas, e aquelas, um embate interno, entre os próprios indígenas.

Daí já se extrai a delicadeza da temática, uma vez que representa a materialização, mediante judicialização, de conflito – pode-se dizer – *interna corporis*.

1 Relação do indígena com a terra: natureza jurídica e evolução da posse exercida sobre as terras indígenas

Em delimitação ao tema em questão, importa destacar que o indígena brasileiro, como é de sabença geral, não esteve originariamente submetido ao modo de vida aldeado. Nessa linha, em breve e superficial esboço histórico, denota-se que o sistema de aldeamentos e/ou missões no Brasil passou a ter maior ênfase a partir do período Joanino, ou seja, a partir de 1640, quando assumiu o trono português D. João IV. A política da Corte, com a colaboração da Companhia de Jesus, objetivava atrair os (então) silvícolas aos aldeamentos ou para a servidão (no caso de guerra justa, como era permitido à época, e que na realidade consistia em escravidão), prática nominada de **Descimento**.

Até então, desde a chegada dos portugueses, em 1500, colhe-se que as diversas etnias indígenas que habitavam o território nacional adotavam modo de vida

nômade, de subsistência por meio das florestas e agricultura incipiente. Segundo Eduardo Bueno,

“os tupis-guaranis perambulavam pelas costas do Brasil quinhentista no início da Era Cristã quando depararam com estranhos homens barbudos e pálidos vindos do Leste, sendo que estas tribos somavam oito: potiguar, com aproximadamente 90 mil; Tremembé, com 20 mil; tabajara, com 40 mil; kaeté, com 75 mil; tupinambá, sem estimativa, devido ao grande número; aimoré, 30 mil; tupiniquins, 85 mil; temiminó, 18 mil; goitacá, 12 mil; tamoio, 70 mil; carijó, 100 mil.” (BUENO, 2002, p. 19)

Observa-se, nessa linha, que os brasilíndios, até a chegada do homem europeu, não viviam sob a forma de aldeamentos. No entanto,

“ao longo de todo o período colonial (desde o Regimento de Tomé de Souza de 1547 até o Diretório Pombalino de 1757), o Descimento é concebido como o fato jurídico-social de convencimento (persuasão) do selvagem desconhecido, embrenhado no sertão, para descer o paredão montanhoso (serras que separam o sertão do mar) e se integrarem à sociedade portuguesa por meio dos aldeamentos (Lei de 24.02.1587; Lei de 1587; Regimento do Governador Geral de 1588; Alvará de 26.07.1596; Lei de 10.09.1611; Carta Régia de 21.10.1653; Regimento das Missões de 1686, entre outros) (...)” (STEFANINI, p. 62)

Os índios aldeados ou descidos passaram a viver em territórios individualizados, destinados pela Coroa portuguesa e submetidos por esta a obrigações públicas, de acordo com a Lei de 17.10.1653, sem que pudessem ser molestados ou mudados das respectivas capitanias (salvo se livremente o fizessem). Obviamente remanesceram, ainda, índios que permaneciam vivendo em perambulação pelos sertões.

Há que se destacar que Portugal editou muitas leis sobre os povos indígenas no Brasil, as quais se aplicavam em conjunto com as Ordenações do Reino, muito embora nem aproximadamente se comparem com as “*Leyes de Indias*” (PIRES in WOLKMER, 1998, p. 64-8), sistema jurídico complexo erigido pela Espanha para aplicação nos territórios dominados no continente americano.

Releva registrar que a Resolução Régia de 17.10.1822 extinguiu o sistema das sesmarias no país, de modo que até 18.09.1850, momento da edição da Lei nº 601 – a famosa Lei de Terras –, não houve no país um regime fundiário das terras públicas, o que ocasionou, durante esses anos, o livre exercício da posse em todo o território brasileiro. A partir de então, definiram-se terras devolutas, impondo-se que estas somente poderiam ser vendidas (e não mais doadas), além de se regular a legitimação das terras ocupadas com posse.

Em relação a tais terras ocupadas com posse, o Decreto nº 1.318/1854, concebido para regulamentar a Lei de Terras, admitiu que somente os índios poderiam permanecer em terras devolutas. O art. 75 desse decreto previu que: “As terras reservadas para a colonização de indígenas, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto; e não poderão ser alienadas enquanto o governo imperial, por ato especial, não lhes conceder o pleno gozo delas, se por assim o permitir o seu estado de civilização”. Daí se extrai que se estabelecia relação de direito privado entre o indígena e a terra que ocupava.

Ocorre que se mostra imprescindível aclarar o fato de a legislação ser pendular (SANTOS FILHO, 2006, p. 24), pois concedia bom tratamento aos indígenas que se submetessem à catequese e guerra aos que se mostrassem inimigos; proibia a escravidão, ressaltando hipóteses que punham abaixo a alforria; vedava o cativo dos índios, salvo quando tomados por justa guerra.

Nessa linha, não se olvida que as leis portuguesas reconhecem a soberania indígena e os direitos dos índios aos territórios que ocupam, a exemplo das Cartas Régias de 30.07.1609 e de 10.09.1611, além da Carta Régia de 18.08.1803, da de 08.12.1808 e da Portaria de 24.12.1825, as quais afirmam o

pleno direito dos índios sobre os territórios e sobre as terras que lhe são alocadas nos aldeamentos. Não obstante isso, “nenhuma delas foi posta em prática” (SANTOS FILHO, 2006, p. 25-6). Ainda, de acordo com Leda Maria Cardoso (apud SANTOS FILHO, 2006, p. 26), “apesar de as Ordenações proclamarem a liberdade dos indígenas, acabavam por permitir reduzi-los ao cativeiro”.

Diante desse contexto,

“As normas postas durante o Império representaram grande prejuízo aos índios. O silêncio da primeira Constituição brasileira e o rigor da exigência de titulação de posse para reconhecimento da propriedade de terras, contida na Lei de Terras (1850), tiveram o efeito de legitimar e incrementar o processo de espoliação das terras dos índios, levado a efeito pelas companhias colonizadoras e pelos próprios colonos.” (SANTOS FILHO, 2006, p. 33)

A Constituição de 1891 não trouxe nenhuma previsão relacionada aos índios, sendo que em 1910 (Decreto nº 8.072) – após ter sido o Brasil publicamente acusado pela primeira vez, em 1908, pelo massacre de índios em decorrência de expropriação de território – foi criado o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), sob os auspícios do Marechal Rondon, a partir de quando, de fato, se intentou conferir proteção ao índio.

Com a criação da SPI foi profundamente modificado o trato da questão indígena, estabelecendo-se a chamada política da integração, fundada na crença de que a humanidade passaria, necessariamente, por um único processo evolutivo, do qual a civilização representaria o estágio mais avançado. Reconhecia o índio como sujeito transitório, como se estivesse sendo preparado para ingressar na civilização. Não obstante isso, tratou-se de marco importante na evolução da legislação indigenista, uma vez que buscava a assistência e o estímulo ao desenvolvimento dos índios (SANTOS FILHO, 2006, p. 37).

Nos idos de 1912, João Mendes Júnior, na obra **Os indígenas do Brasil**, seus direitos individuais e políticos, cunhou a expressão **indigenato**, que traduz o rol de direitos indígenas, tratando-os como direito congênito, com destaque ao vínculo de posse do índio com a terra.

O Código Civil de 1916, entretanto, previu, em seu art. 6º, inciso IV, serem os índios relativamente incapazes. Cessou, nessa toada, a tutela orfanológica que vigia desde as Ordenações do Reino, concluindo-se serem pessoas que requerem tratamento especial. Nesse mesmo intento, em 1928 sobreveio o Decreto nº 5.484, sem sucesso, porém, na sua efetivação.

A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar dos direitos dos povos indígenas, assegurando-lhes a posse de seus territórios e atribuindo à União a responsabilidade pela condução da política indigenista (art. 129). O art. 154 da Constituição outorgada de 1937 repetiu a disposição da Carta anterior, assim como também o fez a quarta Constituição do Brasil, de 1946, em seu art. 216. A Carta de 1967, de seu turno, previu, em seu art. 14, que as terras ocupadas por silvícolas passavam a integrar o patrimônio da União. No entanto, o art. 186 assegurou aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconheceu o direito dos índios ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades neles existentes. Na vigência da Constituição de 1967, foi editada a Lei nº 5.371/67, a qual extinguiu o SPI e criou a Fundação Nacional do Índio.

Na mesma linha, a polêmica Constituição de 1969 (segundo alguns, Emenda Constitucional 01/69) manteve as terras dos índios como patrimônio da União (art. 4º, inciso IV) e o usufruto exclusivo aos índios das riquezas naturais e das utilidades nelas existentes (art. 189).

Na vigência dessa Constituição, em 1973, editou-se o Estatuto do Índio, que, em seu art. 21, prevê: “As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal

de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União". Do dispositivo legal se deduz a posse indireta da União sobre as terras ocupadas por indígenas.

Sinala-se que o Estatuto do Índio permanece em vigor no que não contrarie a Constituição de 1988 e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os povos indígenas e tribais em países independentes, de 07.06.1989.

Em suma, até o advento da vigente Constituição Federal,

"(...) o país, quanto às terras ocupadas pelos indígenas, passou por três estágios distintos: 1º Da incorporação da América aos domínios de Portugal até a Constituição de 1824, quando as terras concedidas aos índios eram de domínio pleno dessas comunidades sem qualquer restrição; 2º Da Constituição de 1824 até a Constituição de 1934, quando se reconhecia a posse dos índios (direito particular) sobre suas terras (observada a capacidade), sem o respectivo *ius abutendi*; 3º Daquela Constituição até a de 1967, quando as terras foram formalmente revertidas à União, remanescendo a eles apenas o usufruto restrito (...)." (STEFANINI, 2011, p. 130-1)

Atualmente, sob o manto da Constituição de 1988, as terras tradicionalmente ocupadas por indígenas estão no domínio da União ("Art. 20. São bens da União: (...) XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios"), estando assegurados a eles o usufruto e a posse. Em capítulo específico (arts. 231 e 232), assegura aos índios sua organização social, seus costumes, suas línguas, suas crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Ademais, em disposição inovadora, traz a legitimidade dos índios e das suas comunidades para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses. Na mesma linha dispõe, um ano depois, o art. 12 da Convenção nº 169 da OIT.

Nesse norte, a Carta Magna trouxe a lume a multiétnica e a multiculturalidade, deixando de lado a perspectiva integracionista/assimilacionista e reconhecendo "aos índios o direito de serem índios" e, portanto, de permanecerem assim indefinidamente. Abandona-se, portanto, a perspectiva de categoria transitória, para simplesmente aceitá-los como são, não se lhes podendo negar os direitos conferidos a qualquer cidadão brasileiro.

Por fim, merece destaque o art. 4º, parágrafo único, do Código Civil de 2002, o qual dispõe que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Portanto, embora a maioria da doutrina especializada não trate especificamente a respeito do regime da posse indígena, do que se depreende do sistema constitucional e normativo vigente, as terras indígenas requerem utilização em regime de posse coletiva.

O grande constitucionalista José Afonso da Silva define a questão de modo preciso, ao afirmar que os direitos e interesses dos índios têm **natureza de direito coletivo**, direito comunitário e que, como tal, concerne à comunidade toda e a cada índio em particular como membro dela. Refere, ademais, que essa ideia reconduz à comunidade de direito que existia no seio da gentilidade. Citando Rudolf Von Jhering, aduz que:

"Os bens da *gens* pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos. E esse direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissolúvelmente ligado à qualidade de membro da coletividade." (SILVA, 2006, p. 860)

E segue lecionando o festejado constitucionalista que:

"Por isso é que a Constituição reconhece legitimação para defendê-los em juízo

aos próprios índios, às suas comunidades e às organizações antropológicas e pró-índios, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo, que é da competência, em primeira instância, do Juiz Federal da seção onde estiverem situadas as terras por eles habitadas (...)." (SILVA, 2006, p. 860-1)

Acerca dessa noção de coletividade, a doutrina que trata do tema (STEFANINI, 2011, p. 19) denomina o direito indígena como direito social, ao lado dos direitos público e privado, sendo que:

"Este direito distingue-se dos demais tendo em vista os valores sociais tutelados (não o interesse) quer pelo enfoque promotor das camadas sociais na meta da Justiça Social, quer pelo seu caráter principiológico e, nesse sentido, obliterando o visor do individual dos sujeitos clássicos que o enlaçam (Estado e indivíduo)." (STEFANINI, 2011, p. 19)

Dessas afirmações iniciais pode-se extrair a existência de peculiaridades inerentes ao tratamento da posse e da propriedade no bojo das sociedades indígenas. Especificamente quanto à posse, não se extrai possibilidade legal de individualização mediante fracionamento das glebas. Inviável, portanto, posse localizada.

Com efeito,

"Resulta inequívoca a diferença substancial entre a propriedade privada – espaço excludente e marcado pela nota da individualidade – e o território indígena – espaço de acolhimento, em que o indivíduo encontra-se referido aos que o cercam. A prática judiciária, no entanto, tende a equiparar ambos os institutos, conferindo-lhes, de resto, tratamento processual idêntico. A situação mais recorrente é o manejo de ações possessórias em face de territórios indígenas." (DUPRAT, p. 02)

No plano prático, em relação ao uso e ao aproveitamento das terras indígenas, existem apenas normas que se limitam a determinar o fornecimento de recursos pelo governo (Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas, objeto do Decreto nº 3.108/1999), além do Pronaf (Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Decreto nº 3.991/2001), que disponibiliza linhas de crédito para a agricultura familiar.

Portanto, percebe-se a dificuldade de se formalizarem pleitos de financiamento bancário, o que, via de regra, finda por ser realizado por intermédio do cacique, ainda que, ao fim e ao cabo, mediante individualização do *quantum* de terra para cultivo correspondente a cada família indígena.

Impende trazer à baila, ainda, que o usufruto sobre as terras encontra limites, pois somente o índio pode exercê-lo, de modo que a disposição somente pode ocorrer em favor de outro indivíduo da comunidade, consoante o art. 18 da Lei nº 6.001/73.

Seria possível, assim, ação possessória "individual" em terra coletiva?

Do exame do ordenamento pátrio, não existe cabedal normativo hábil a satisfazer demandas possessórias indígenas, especialmente porque não haveria, juridicamente, "parcela" de posse a ser assegurada ou reintegrada. Nesse norte, já o primeiro requisito a ser preenchido – a prova da posse pelo autor (art. 927 do Código de Processo Civil) – em demanda reintegratória de posse sequer existe, em caso de posse indígena, uma vez que, individualmente, a pessoa física ou o núcleo familiar não exercem posse localizada.

Afora isso, há um fator imaterial muito marcante em demandas dessa natureza, tendo em vista que a terra, além de não passível de posse individualizada, representa para o indígena a posse como *habitat*. A ligação com a terra, portanto, afasta o conceito de posse do direito civil, ou seja, não significa apenas o poder de fato sobre a coisa, "é, em substância, aquela *possessio ab origine*

que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material do homem com a coisa, mas um poder, um senhorio" (SILVA, 2006, p. 858).

Emerge como manifestamente imprópria, nessa linha de raciocínio, nos casos sob exame, a interpretação usualmente imposta aos institutos da posse e da propriedade constantes no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não há tratamento legal em se tratando de posse em regime coletivo. Não obstante isso, obviamente, por razoabilidade, não se revela determinante o remédio jurídico-processual a se utilizar, mas a premência de resguardo ao direito material. De fato, o instrumental processual não pode representar empecilho à efetivação de comandos constitucionais.

Há que se assentar, dessa maneira, que o ponto realmente relevante constitui definir o modo pelo qual se resguardará o direito material.

2 Breves comentários acerca do direito de ação nos peculiares casos sob análise

Inicialmente, impende salientar que o Direito, no Estado brasileiro, é único. Sequer se cogita, no modelo constitucional vigente, acerca de coexistência de sistemas jurídicos. Não obstante isso, paralelamente ao ordenamento jurídico sustentado pela Carta Magna, existe uma enorme gama de regras que organizam centenas de formações indígenas ocupantes de toda a extensão do território nacional. Isso se revela plenamente possível e conciliável, considerando que o Brasil constitui-se como Estado multiétnico e multicultural.

Em relação ao tema, o art. 9º, item 1, da Convenção nº 169 da OIT preleciona o respeito aos métodos pelos quais os indígenas recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros, desde que não se contraponham à ordem jurídica nacional e aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Nessa linha, apregoa-se a aplicação das normas sociais da comunidade subsidiariamente, o que não representa o reconhecimento de um sistema jurídico.

Na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13.09.2007, constam princípios como a igualdade de direitos e a proibição de discriminação, o direito à autodeterminação e a necessidade de fazer do consentimento e do acordo de vontades o referencial de todo o relacionamento entre povos indígenas e Estados (arts. 2º a 5º e 40).

O Estatuto do Índio, por sua vez, dispõe que os usos, os costumes e as tradições das comunidades indígenas serão respeitados, inclusive quanto às relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum (art. 6º).

Daí se constata a não imposição do sistema jurídico "externo", mesmo porque, caso assim não fosse, haveria violência ao art. 231 da CF, o qual assegura aos índios o direito à sua organização social, aos seus usos e aos seus costumes.

No tocante à aplicação de sanções, o art. 57 do Estatuto do Índio traz disposição interessante, pois possibilita à própria comunidade tribal aplicar as penalidades que entender necessárias à disciplina e à punição de seus membros, desde que tais penas não sejam de morte nem possuam caráter infamante ou cruel. Atualizando a disposição aos termos da Carta Magna, pode-se dizer que há proibição de penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (art. 5º, inciso XLVII).

"É o que a doutrina convencionou chamar de **jurisdição indígena**, uma vez que retira do Estado o *jus puniendi*, quanto aos delitos praticados entre os membros da comunidade tribal. Agir de outro modo seria esvaziar o sentido da norma constitucional. Retirar dos indígenas a possibilidade de punir os seus próprios membros faltosos, conforme os seus usos e costumes, ou negar reconhecimento às relações por eles estabelecidas, segundo as suas tradições seculares, é desestruturar o seu sistema cultural, é intervir arbitrariamente nos hábitos da comunidade." (FEIJÓ E SILVA, 2005, p. 93)

De modo bastante similar e interessante, a Constituição boliviana reconhece, desde que não sejam contrárias a ela e à lei, a autoridade, a legislação e a jurisdição indígenas como forma de "solução alternativa de conflitos", consoante se extrai do seu art. 171 (BARRETO, 2006, p. 66):

"III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado."

A Constituição paraguaia, por sua vez, prevê que os povos indígenas podem aplicar livremente seus sistemas de organização política, social, econômica, cultural e religiosa, bem como suas normas costumeiras, tendo como limite os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Ainda, preceitua, no art. 63, que, na solução dos conflitos judiciais, as normas costumeiras serão aplicadas subsidiariamente (BARRETO, 2006, p. 67):

"Artículo 63. De La Identidad Étnica Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena."

Quanto à competência para apreciação de tais conflitos, não pairam dúvidas de que são de competência da Justiça Federal, pois se inserem na interpretação do inciso XI do art. 109 da CF:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ÁREA DEMARCADA PELA FUNAI – DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA HOMOLOGADA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA – AÇÃO POSSESSÓRIA PROMOVIDA POR PARTICULARES CONTRA SILVÍCOLAS DE ALDEIA INDÍGENA E CONTRA A FUNAI – INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL – DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS – ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO À JUSTIÇA FEDERAL – RE CONHECIDO E PROVIDO. AÇÃO POSSESSÓRIA – INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL – DESLOCAMENTO NECESSÁRIO DA CAUSA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. (...) A Constituição promulgada em 1988 introduziu nova regra de competência, ampliando a esfera de atribuições jurisdicionais da Justiça Federal, que se acha, agora, investida de poder para também apreciar 'a disputa sobre direitos indígenas' (CF, art. 109, XI). Essa regra de competência jurisdicional - que traduz expressiva inovação da Carta Política de 1988 - impõe o deslocamento, para o âmbito de cognição da Justiça Federal, de todas as controvérsias que, versando a questão dos direitos indígenas, venham a ser suscitadas em função de situações específicas. (...) (RE 183188, Relator(a): Min. **Celso de Mello**, Primeira Turma, julgado em 10.12.1996, DJ 14.02.1997 PP-01988 EMENT VOL-01857-02 PP-00272)

Exsurge, entretanto, um questionamento natural: se durante séculos os conflitos entre indígenas ocorreram sem que houvesse a necessidade de intervenção de um terceiro, teria o Poder Judiciário legitimidade para intervir nesses conflitos?

Crê-se que há legitimidade, e a legitimidade emana da própria escolha do indígena atingido em acorrer ao Poder Judiciário. Ademais, existe amparo normativo a tal opção (art. 5º, § 3º, da CF). Destacam-se, nesse sentido, os arts. 33 a 35 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, os quais traduzem muito bem essa dicotomia (direito do Estado *versus* normas tribais) – e aparente contradição:

“Artigo 33

1. Os povos indígenas têm direito a determinar sua própria identidade conforme seus costumes e suas tradições. Isso não diminui o direito das pessoas indígenas a obter a cidadania dos Estados em que vivem.
2. Os povos indígenas têm direito a determinar as estruturas e a escolher a composição de suas instituições em conformidade com seus próprios procedimentos.

Artigo 34

Os povos indígenas têm direito a promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, de conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

Artigo 35

Os povos indígenas têm direito a determinar as responsabilidades dos indivíduos para com suas comunidades.”

No mesmo sentido o art. 8º da Convenção nº 169 da OIT:

“Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.
2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e suas instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.
3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.”

Assim, percebe-se a plena autonomia e autodeterminação dos indígenas com relação à escolha das punições (responsabilidades) aos seus pares faltosos, de acordo com seus costumes e suas tradições. Apesar disso, impende estabelecer a plena aplicabilidade do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se trata de lide entre cidadãos brasileiros, sujeitos, dessa forma, à tutela estatal, diante da unicidade do Direito, consoante exposto.

Ao mesmo tempo, revela-se inegável que o tema suscita comparações com o direito internacional público – costumes como uma de suas fontes primárias. Procedendo-se à analogia, tem-se a comparação: direito consuetudinário indigenista *versus* ordenamento jurídico brasileiro e costume internacional *versus* ordenamentos jurídicos alienígenas.

De acordo com o art. 38 do Estatuto da Corte de Haia, costume é “uma prática geral aceita como sendo direito”. Segundo Rezek,

“essa expressão dá notícia do elemento material do costume, qual seja a prática – a repetição, ao longo do tempo, de certo modo de proceder ante determinado quadro de fato –, e de seu elemento subjetivo, qual seja a convicção de que assim se procede não sem motivo, mas por ser necessário, justo e,

consequentemente, jurídico.” (REZEK, 2005, p. 118)

É digna de relevo a diferenciação entre uso e costume. Este último se estabelece quando os Estados adquirem o hábito de adotar, em certa situação, e sempre que ela se repita, a mesma atividade determinada, à qual se confere significado jurídico. No uso, ao contrário, “não existe a crença (por parte dos atores da sociedade internacional) de obrigatoriedade daquilo que se está a praticar” (MAZZUOLI, 2006, p. 81).

Muito embora se trate apenas de uma analogia quanto aos critérios de definição acerca do que seja um costume (e não analogia no sentido de que o direito indigenista represente ordenamento próprio), o fato é que as lições de direito internacional contribuem significativamente para a definição acerca do que constitui, de fato, costume indígena. A dificuldade reside na sua comprovação, bem como na adequação do costume comprovado aos ditames da Carta Maior, desafios a serem enfrentados pelas partes e pelo Poder Judiciário.

Frise-se que o ajuizamento de demanda representa o exercício da cidadania, franqueado a todo e qualquer brasileiro, na mais ampla acepção que se possa conferir ao termo. Com efeito, a condição de cidadão compreende a proteção de todos os direitos fundamentais da pessoa humana. Em razão disso é que a Constituição da República, ao aludir, em seu art. 231, à organização social, aos costumes, aos lugares, às crenças e às tradições, abrigou o direito à diferença, tornando assente que a cultura indígena está abarcada no espectro da cultura nacional, e, portanto, não apartou a pessoa do índio da figura de cidadão brasileiro.

Segue a mesma ótica o Pretório Excelso:

“Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.” (Pet 3388, Relator(a): Min. **Carlos Britto**, Tribunal Pleno, julgado em 19.03.2009, DJe-181, divulg. 24.09.2009, public. 25.09.2009. Republicação: DJe-120, divulg. 30.06.2010, public. 01.07.2010, ement VOL-02408-02, PP-00229, RTJ VOL-00212, PP-00049)

O art. 1º do Estatuto do Índio, aliás, contempla a integração do indígena à comunidade brasileira sem que isso importe em abandono da sua cultura (parágrafo único): “Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, os costumes e as tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei”.

Resta bastante claro que os usos, os costumes e as tradições não significam entrave ao exercício do direito de ação. Parece sensato concluir que, se existem limites e balizas a delinear os casos concretos de conflitos possessórios indígenas, tendo em pauta o respeito às peculiaridades dos povos indígenas, esses limites devem ser fixados pelo próprio Poder Judiciário, pois ao cidadão faculta-se o exercício do direito de ação de forma irrestrita.

Não se há de olvidar, ademais, o princípio da inércia atinente ao Poder Judiciário – somente se age mediante provocação. Assim, se for provocado e, ainda assim, fulminar-se a demanda sem apreciação do mérito nos casos em questão, por exemplo, estar-se-á, em verdade, criando verdadeiro contrassenso. Ora, se o cidadão (indígena ou não) não está obrigado a judicializar os seus conflitos, de outro lado, caso entenda por bem fazê-lo, isso significa que optou por se submeter à decisão advinda do Estado-Juiz.

Sob a ótica da parte-autora da demanda, parece ser essa a situação, claramente. No que tange ao polo passivo, nesse ponto é que reside a controvérsia, pois composto pelo cacique. Obviamente, o cacique não estará confortável com a situação, pois invariavelmente terá atitude sua questionada. Apesar disso, também não está indene a ter questionadas as suas decisões.

Nesse ponto, merece destaque decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no Agravo de Instrumento 96.01.01182-0/DF, o qual assentou que a norma do art. 232 deve ser interpretada considerando que o Capítulo VIII do Título VIII da Lei Fundamental é todo voltado para a proteção dos índios, da sua organização social, dos seus costumes, das suas línguas, das suas crenças e das suas tradições, não podendo os índios, suas comunidades ou suas organizações ser acionados em juízo, porquanto não detêm legitimidade passiva para tal. Isso porque, segundo tal acórdão, ingressar em juízo significa propor ação, na qualidade de autor, e não defender-se na condição de réu (SANTOS FILHO, 2006, p. 89).

É de se aclarar, porém, que tal decisão não contemplou discussão de mesmo teor da ora enfrentada. Ora, pode até se cogitar correto afirmar a ausência de legitimidade passiva do indígena em relação a uma demanda ajuizada por não indígena. No entanto, não há como estender tal raciocínio em se tratando de autor indígena, do contrário, todo e qualquer conflito envolvendo indígenas em ambos os polos da demanda restaria desguarnecido do sistema judicial brasileiro.

Ademais, não se há de olvidar a legitimidade do Ministério Público Federal para defender em juízo as populações indígenas, em exceção constitucionalmente prevista (art. 129, inciso V, CF) ao art. 6º do Código de Processo Civil, de modo que se trata de legitimidade extraordinária e concorrente, pois, obviamente, não exclui a legitimidade dos próprios índios.

Nessa linha de raciocínio, incumbe ao magistrado equacionar o conflito, impondo os limites da intervenção judicial, tendo em mira os usos, os costumes e as tradições indígenas. Esse ponto é relevantíssimo. Certo é que se mostra legítima a apreciação judicial do conflito. Resolvido esse primeiro ponto, passa-se a questionar os limites dessa atuação.

Crê-se que a intervenção, nessas hipóteses, deve consistir – tão somente – em aferir se as situações enfocadas enquadram-se nas situações excepcionadas pelos parâmetros constitucionais (especialmente o art. 5º, inciso XLVII) e pelo Estatuto do Índio (art. 57), em atitude de respeito e conferência de atendimento ao devido processo legal e ao Estado Democrático de Direito, no qual se inserem as comunidades índias inseridas no território nacional.

Nesse sentir, não se revela adequado nem desconsiderar as tradições “jurídicas” dos indígenas, o seu direito consuetudinário, nem aplicar pura e simplesmente as leis dos não índios.

O tema é de apreciação judicial recentíssima. Não há precedentes, nem em segunda instância, nem nos Tribunais Superiores, a indicar tendência jurisprudencial eventualmente a ser trilhada. Há escassos precedentes, sendo digno de nota o seguinte, oriundo do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“CIVIL. MANUTENÇÃO DE POSSE. ÁREA DE RESERVA INDÍGENA LOCALIZADA NOS MUNICÍPIOS DE NOVA AMÉRICA E RUBIATABA. ESTADO DE GOIÁS. CARRETÃO I. ALEGAÇÃO DE POVOAMENTO POR POSSEIROS. APELADO CASADO COM ÍNDIA TAPUIA DESDE 1974. PROVA TESTEMUNHAL. ACEITAÇÃO PACÍFICA NA RESERVA. PROCEDIMENTOS DE CONVIVÊNCIA REGULAR NÃO OBSERVADOS. OBSERVAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ESTATUTO DO ÍNDIO. LEI 6.001/73. 1. A Constituição Federal/88, em seu art. 231, dispõe que ‘são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens’. 2. O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), por sua vez, consigna que ‘serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum’ (art. 6º). 3. Ainda, em seu art. 57, dispõe que ‘será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de

sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte'. 4. **A pretendida segregação do réu das terras indígenas não pode ser deferida em sede de ação possessória, e sim mediante a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros ou por meio de procedimentos de natureza penal, mediante a tipificação de todas as suas condutas adversas aos costumes indígenas.** 5. Apelação da Funai não provida." (AC 200001000674441, Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, TRF1 – quinta turma, e-DJF1 data:04.09.2009 p. 1688) (destacado pela subscritora)

Tal julgado se diferencia, porém, dos casos concretos em apreço. De fato, a decisão acima traz situação em que se pleiteia judicialmente a própria segregação do indígena da sua tribo, tendo a decisão judicial indeferido a proteção possessória, de modo a se transferir ao grupo tribal a aplicação da sanção, de acordo com os seus usos, os seus costumes e as suas tradições.

Percebe-se, então, o quanto esse caso se aparta em relação aos ora enfocados, pois, diferentemente da situação posta no precedente, os casos em questão traduzem a consumação da segregação, sendo autor da ação o próprio índio (e/ou sua família) expulso, em busca da sua reintegração à comunidade de cuja convivência ele já foi despojado.

Nessa linha, concorda-se com o teor da decisão exarada no julgado alhures, pois a aplicação ou não da penalidade, de fato, deve ser apreciada pela liderança indígena de acordo com os seus costumes e as suas tradições.

No entanto, o ponto fulcral da análise proposta situa-se justamente após a consumação da aplicação da penalidade, vindo a juízo o indígena já despojado da sua comunidade.

A grande dificuldade, nesse enfoque, consiste em avaliar até que ponto se estende a proteção constitucional às crenças e às tradições e o que fazer quando os usos, os costumes e as tradições se entrecrocaram com a compreensão de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Trata-se de evidente colisão entre direitos fundamentais: exercício e preservação da cultura (art. 231, CF) *versus* compreensão de pena justa (especialmente no tocante à vedação de penas de morte, perpétua, banimento, trabalhos forçados e cruéis – art. 5º, inciso XLVII, CF).

Em casos que tais, reveste-se de fundamental importância a coleta de informações hábeis a definir, em primeiro lugar, o costume e/ou a tradição enfocada naquela situação concreta.

Nessa linha de raciocínio, a respeito do tema, calha salientar o norte a ser seguido em relação à interpretação das normas constitucionais em rota de colisão. Primeiramente, é de se observar o princípio da unidade da Constituição, de modo que, muito embora, ao longo de seu texto, existam disposições aparentemente contraditórias entre si, elas requerem harmonização.

Daí também se extrai a relevância do princípio da concordância prática ou da harmonização, uma vez que o catálogo de direitos fundamentais contém direitos que podem entrar em rota de colisão, pois, sendo a sociedade plural e aberta, convivem crenças diversas. Não obstante isso, a concordância deve ser feita na prática do texto.

Importa frisar, ademais, o princípio da interpretação conforme à Constituição, o qual recomenda aos seus aplicadores que, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais, e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade. Nessa linha de raciocínio, preza-se pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Ocorre

que

“essa prudência, por outro lado, não pode ser excessiva, a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei à custa da Constituição, tampouco a contrariar o seu sentido inequívoco, para constitucionalizá-la de qualquer maneira. No primeiro caso, porque isso implicaria interpretar a Constituição conforme a lei e, assim, subverter a hierarquia das normas; no segundo, porque toda conformação exagerada implica, no fundo, usurpar tarefas legislativas e transformar o intérprete em legislador positivo (...).” (BRANCO et al., 2007, p. 112)

Tendo em mira tais princípios, portanto, há que se realizar interpretação do Estatuto do Índio e das demais normas indigenistas em conformidade à Constituição, bem como harmonizar os direitos fundamentais em colisão.

Entende-se que qualquer interpretação restritiva ou sectária acerca do direito de ação nos casos concretos ora em estudo (o que pode terminar por ocorrer até mesmo involuntariamente, em face do desconhecimento da matéria) poderia levar à perplexidade, haja vista que poderia albergar condutas absolutamente dissonantes dos objetivos fundamentais da República.

Com

efeito,

“(...) o reconhecimento do direito consuetudinário indígena traz à baila o problema de controlar tais situações para que a observância da norma constitucional não acabe por exculpar atrocidades contra os direitos humanos por quem, à guisa de invocar tradições culturais, pratica condutas sabidamente ilícitas. O magistrado deve estar bastante atento e munido de informações antropológicas confiáveis, antes de reconhecer o direito indígena como aplicável ao caso.” (FEIJÓ E SILVA, 2005, p. 95)

No que toca às mencionadas informações antropológicas, é evidente e perfeitamente compreensível a dificuldade de se amealhar, em cada caso concreto, informações de tal jaez, mesmo porque, em geral, os pleitos são formulados em sede liminar, o que verdadeiramente impossibilita a realização de estudo/laudo antropológico, ao menos nesse momento inaugural e, geralmente, mais tenso.

Diante da inexorável realidade, constata-se a utilidade de instar as partes, na decisão que intima para a audiência de tentativa de conciliação, para que tragam a juízo as pessoas que vivenciaram o conflito. Desse modo, é relevantíssima a oitiva dos indígenas presentes em audiência, a fim de que se colha dos próprios componentes da etnia o que se encaixa nas definições de usos, costumes e tradições, e, de outro vértice, o que disso claramente se aparta.

A providência, aliás, encontra respaldo no art. 337 do Código de Processo Civil, o qual sinaliza que a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim determinar o juiz. Nessa linha, considerando que o cerne dessas controvérsias repousa sobre alegado direito consuetudinário, o direito indígena deverá ser provado – nesse momento inicial, mediante prova testemunhal.

É relevante, ademais, a analogia ao conceito de costume extraído do Direito Internacional Público, na esteira do referido alhures, por se tratar de parâmetro seguro e bastante preciso em contraponto à litigiosidade do tema.

Na experiência da Subseção Judiciária Federal de Chapecó/SC (2ª Vara Federal, tanto do juízo substituto quanto do juízo titular), aliás, no mais das vezes, a solução advém da própria audiência de conciliação, mediante acordo, pois se consegue extrair da própria narrativa dos indígenas presentes se a penalidade de expulsão e a de proibição de plantar (são as punições mais comuns) restaram aplicadas legitimamente ou não, de acordo com os usos, os costumes e as tradições.

Salienta-se que, na condução de casos tais, reveste-se de fundamental importância que o magistrado atue como o juiz Hermes (três modelos de juiz de François Ost), como mediador e comunicador, capaz de conectar os diferentes discursos, na construção intersubjetiva para a solução dos casos concretos. Por isso, reputa-se de grande importância o exercício de tais habilidades, as quais, crê-se, somente se mostram viáveis por meio de **audiências de conciliação**.

Percebe-se, diante disso, a delicadeza das situações postas em juízo. Não há um limite certo e determinado a demarcar até que ponto poderá o Judiciário ingressar sem representar desrespeito aos usos, aos costumes e às tradições indígenas.

O conflito, no entanto, é latente, sendo inegável a necessidade de um equacionamento estatal, preferencialmente não por subsunção do fato à norma mediante sentença, mas sob o formato de decisão construída pelas próprias partes – indígenas – em sentença homologatória de acordo.

A solução ideal, mediante acordo, entretanto, nem sempre será viável. Sendo assim, em caso de necessidade de se proferir sentença, entende-se que somente se há de conferir guarida à pretensão autoral quando restar comprovado indubitavelmente que a atitude do líder tribal desbordou claramente dos limites do que a própria norma indígena lhe permitia aplicar na condição de representante do grupo, ou seja, somente se, após instrução processual circunstanciada, restar inequívoco que o cacique agiu em desconformidade ao direito consuetudinário indígena. Afora isso, de outro lado, impende que o magistrado afira se a penalidade aplicada, ainda que de acordo com os costumes da tribo, revela-se consonante à Constituição Federal, de modo a se compatibilizarem os costumes indígenas com os direitos fundamentais assegurados a todos os brasileiros.

Embora não se tenha uma resposta certa e definitiva, entende-se que há pelo menos três razões a amparar a apreciação dos conflitos possessórios indígenas aqui postos à apreciação:

- a) o direito de ação é público, abstrato e incondicionado, franqueado a todo e qualquer cidadão, portanto;
- b) a inafastabilidade do provimento jurisdicional constitui direito fundamental constitucionalmente imposto (art. 5º, XXXV);
- c) a plasticidade e a adaptabilidade dos direitos fundamentais, a exigir apreciação mediante ponderação dos interesses postos em juízo.

Conclusão

Consoante se constatou, a questão indígena, desde a chegada portuguesa, em 1500, até a Constituição de 1988, guiou-se pela doutrina assimilacionista ou integracionista. No entanto, a Carta de 1988 inovou, rompendo esse paradigma secular e trazendo, institucionalmente, o “direito ao índio de ser índio”, sem prejuízo de preservação dos seus usos, dos seus costumes e das suas tradições. Com efeito, o regime outrora tutelar transmudou-se em regime tão somente protetivo, com estatura constitucional.

Aliás, é de se salientar que o regime protetivo, nessa linha de raciocínio, não pode implicar restrição de direitos. O art. 232 do texto constitucional sinala nesse rumo, ao conferir plena legitimidade ao indígena para postular direitos em juízo. Desse modo, é legítima a atuação judicial em ações possessórias – ainda que individuais em função de posse coletiva –, de modo a se amenizar o conflito na tentativa de entrega de Justiça.

Portanto, há que se ter bem presente a necessidade de enfrentamento do tema

pelo Poder Judiciário, sob pena de se configurar verdadeira negativa de jurisdição, malferindo-se o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Demais disso, crê-se que, nos casos enfocados, a interpretação conforme à Constituição norteia-se no sentido de se conferir a ampla judicialização dos conflitos possessórios indígenas – ainda que de cunho individual ou de apenas um núcleo familiar –, de modo que o Poder Judiciário se revele o “filtro” de compatibilidade das práticas tribais com a Constituição. Além disso, em caso de colisão de direitos fundamentais – e nesses casos isso invariavelmente ocorrerá –, deverá o Poder Judiciário proceder à devida ponderação e harmonização dos interesses em foco a fim de se conferir a máxima efetividade tanto ao festejado art. 231 quanto ao inciso XLVII do art. 5º da Carta Magna.

Nesse norte, propõe-se a solução dos conflitos indígenas em apreço, primordialmente, mediante audiências de conciliação, em aferição do costume indígena aduzido por meio da oitiva dos próprios envolvidos no conflito, a fim de que se defina se a penalidade aplicada pelo cacique se amolda, ou não, ao direito consuetudinário invocado. Em caso de não entabulação de acordo, entretanto, restando necessária instrução processual e sentença, para que esta se alinhe à procedência da pretensão autoral, é inafastável a comprovação inequívoca de que a penalidade aplicada pelo cacique desborda dos costumes tribais, ou, ainda que esteja de acordo com os costumes tribais, de que afronta os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Referências

bibliográficas

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências da Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARBOS, Kerlay Lizane. Difusão cultural das populações indígenas através da inclusão digital. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre; Brasília, a. 8, n. 34, p. 219-234, jul./ago. 2010.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRANCO, Paulo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 19 mar. 2013.

BUENO, Eduardo. **Brasil**: uma história. A incrível saga de um país. São Paulo: Ática, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAVALCANTI, Fabio da Costa. **A competência para processar e julgar as demandas possessórias das comunidades indígenas**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/procuradoria/docs/>

ArtigoPosselIndigena.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2013.

DUPRAT, Deborah. **Terras indígenas e o Judiciário**. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/documentospublicacoes/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2013.

FEIJÓ, Juliane Holder Câmara da Silva; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Dignidade indígena, multiculturalismo e a nova hermenêutica constitucional. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre; Brasília, a. 11, n. 44, p. 75-103, mar./abr. 2012.

FERNANDES, Ricardo Cid; TOMMASINO, Kimiye. **Povos Indígenas no Brasil. Kaingang**. Paraná, 2001. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/povo/kaingang/287>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTIÇA FEDERAL. **Pesquisa unificada de jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_dos_Indigenas/pdf/Publicacao_completa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2013.

MACHADO, Oscar (Coord.). **O índio no Rio Grande do Sul**: aspectos arqueológicos, históricos, etnográficos e étnicos. Porto Alegre: Comissão Executiva de Homenagem ao Índio, 1975.

MATHIAS, Fernando; YAMADA, Erika. **Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas**. Disponível em: <[http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos](http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas)

-indigenas>. Acesso em: 20 mar. 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Hennes Irmãos, 1912.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIVA, Otávio. **Comentários ao art. 5º da Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2000.

OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. **Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/bib/portal/DOXA/cuadernos.shtml>>. Acesso

em: 18 mar. 2013.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o Direito indigenista**. Curitiba: Juruá, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STEFANINI, Luiz de Lima. **Código indígena no Direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

VEIGA, Juracilda. **Henry Manizer e a etnografia kaingang**. São Paulo, 2006. Disponível em: < <http://www.ifch.unicamp.br/ihb/Textos/GT48Juracilda.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

PIVA, Priscilla Mielke Wickert. Judicialização de conflitos indígenas veiculados por meio de ações possessórias em face do cacique: possibilidade jurídica e limites da atuação judicial. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 62, out. 2014. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/Priscilla_Piva.html> Acesso em: 04 dez. 2014.